Paolo Zatti
Vittorio Colussi
Arianna Fusaro

LINEAMENTI DI DIRITTO PRIVATO

DICIANNOVESIMA EDIZIONE

CORREDATA DI SCHEMI LOGICI E CASI

Wolters Kluwer
CEDAM

PAOLO ZATTI VITTORIO COLUSSI

ARIANNA FUSARO

LINEAMENTI DI DIRITTO PRIVATO

DICIANNOVESIMA EDIZIONE

Wolters Kluwer CEDAM

2022

DIRITTO PRIVATO

PRIVATO DIRITTO

DIRITTO PRIVATO

PRIVATO DIRITTO

DIRITTO PRIVATO

PRIVATO DIRITTO

loro successione è una pura eventualità. Con la morte, la successione si apre» nel senso che *prendono vigore le norme che regolano la successione*. Di qui diverse conseguenze.

La vocazione

La morte fissa definitivamente lo stato dei fatti, da cui dipende la sorte della successione: certi congiunti, e non altri, sono sopravvissuti al defunto; la volontà espressa nell'ultimo testamento non può essere più mutata; il rapporto tra quanto è stato lasciato e quanto è stato donato in vita non può più cambiare.

È dunque possibile parlare di un vero e proprio *titolo a succedere* per i soggetti, indicati come eredi dalla legge o dal testamento: questo titolo è la **vocazione** all'eredità. In questo senso si distingue tra *vocazione legittima* (titolo a succedere è la legge, o per meglio dire una situazione prevista dalla legge) e *vocazione testamentaria* (titolo a succedere è il testamento, o meglio l'istituzione di erede contenuta in un testamento)[1].

La delazione

L'apertura della successione rende efficace la vocazione: i soggetti, che hanno titolo a succedere come eredi, vengono **chiamati** all'eredità. Ciò

[1] «Vocazione» è un termine usato dai giuristi, che non compare però nelle norme qui studiate. L'espressione si presta a equivoci perché può essere usata sia per indicare un titolo, sia per indicare la posizione giuridica del soggetto, a cui favore sussiste il titolo.

A) Nella prima accezione, che è quella prescelta nel testo, è molto netta la differenza di significato tra «vocazione» e «delazione».

Noi diremmo infatti, che si ha delazione dell'eredità quando, con l'apertura della successione, l'eredità è devoluta a un soggetto – cioè nasce il suo diritto di accettare – in base a una vocazione – cioè a un titolo a succedere, che ora diviene efficace (produce appunto l'effetto della delazione). Dunque la morte del de cuius + vocazione + delazione.

B) Nella seconda accezione, la differenza può farsi meno chiara o scomparire. Infatti, se «vocazione» indica la posizione giuridica di chi è chiamato (vocato) all'eredità, si danno due varianti:

a) «vocazione» può indicare la posizione di chi vanta un titolo a succedere – essendo aperta la successione – anche se il titolo è inefficace (per esempio perché l'istituzione di erede è condizionata); in tal caso, è il risvolto soggettivo dell'esistenza del titolo, e si è in armonia con il significato sub A;

b) «vocazione» può invece slittare fino a indicare la posizione di chi vanta un titolo efficace, cioè di chi è chiamato all'eredità nel senso che ha diritto di accettarla e può esercitare i poteri dell'art. 460; in tal caso, il concetto indica la stessa conseguenza giuridica cui si riferisce il termine «delazione», considerata dal punto di vista del soggetto interessato invece che dal punto di vista oggettivo che guarda all'eredità. Nel testo – si ripete – il termine è usato nella prima accezione.

© Wolters Kluwer Italia

specifica che l'eredità è loro «offerta», o «messa a disposizione», o ancora, come dice l'art. 457, si «*devolve*» loro; è questa la **delazione** dell'eredità, che coincide con l'acquisto, da parte dei chiamati, del *diritto di accettare*.

La posizione di **chiamato** all'eredità riceve una particolare protezione: il chiamato alla persona che ha diritto di accettare l'art. 460 attribuisce poteri di conservazione e difesa dell'eredità, che possono essere esercitati senza pregiudicare la decisione relativa all'accettazione:

a) il chiamato può compiere *atti conservativi*, di *vigilanza* e di *amministrazione temporanea*, facendosi autorizzare dal giudice a vendere i beni ereditari in caso di necessità;

b) può inoltre esercitare le *azioni possessorie*; a riguardo, è da precisare che il chiamato ha questo potere anche se non è nella posizione di possessore effettivo dei beni: i poteri legati al possesso (esercitato effettivamente dal defunto) sono attribuiti al chiamato a tutela della situazione di fatto dei beni ereditari, e passano poi a chi *acquista* l'eredità: è la *successione nel possesso*, che investe l'erede della posizione possessoria del defunto.

La *delazione* si verifica di regola con l'*apertura della successione*. Ma i due momenti possono non coincidere. Se ad esempio la *vocazione* all'eredità è *condizionata*, la delazione suppone il verificarsi della condizione.

Si ritiene perciò che, in questa ipotesi, il chiamato non goda dei poteri previsti dall'art. 460.

Il chiamato all'eredità, però, anche se non ancora «delato» ha fin dall'apertura della successione una posizione di aspettativa di diritto; gli si possono quindi riconoscere quelle prerogative, che la legge collega alla situazione di pendenza della condizione a tutela delle aspettative di chi acquisterebbe un diritto se la condizione avesse a verificarsi (cfr. artt. 1356 ss.).

Riassumendo:

a) la morte determina l'**apertura della successione**, cioè l'applicabilità delle regole che disciplinano la successione;

b) diviene *efficace* solo in questo momento il *titolo a succedere*, vale a dire la **vocazione** legittima o testamentaria;

c) effetto della morte e della vocazione è la **delazione** dell'eredità, cioè la messa a disposizione dell'eredità a favore del soggetto che può vantare una vocazione (e ha quindi il *diritto di accettare*);

d) questo soggetto è il **chiamato** all'eredità, cioè colui la cui *vocazione* (o chiamata) è *efficace*; vale a dire colui al quale è *devoluta* l'eredità (o a cui favore si ha la *delazione*).

[v. Schema n. 39]

© Wolters Kluwer Italia

coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Il fallimento

La legge riserva la procedura del **fallimento** al solo *imprenditore commerciale* (sia esso persona fisica o giuridica), con l'esclusione degli *enti* pubblici. Tuttavia, non sono soggetti al fallimento gli imprenditori che dimostrino di non superare determinati limiti relativi all'ammontare dell'attivo patrimoniale, dei ricavi lordi e dei debiti anche non scaduti (art. 1 l. fall.).

Sono soggetti al fallimento anche l'imprenditore che abbia cessato la sua attività e l'imprenditore defunto, ma solo entro l'anno successivo alla cancellazione dal registro delle imprese o alla morte, e purché lo stato di insolvenza si sia manifestato, rispettivamente, *prima* della cancellazione medesima o prima della morte, o *nell'anno successivo*. È inoltre soggetto al fallimento il socio *illimitatamente responsabile* di una società dichiarata fallita. Il fallimento del socio, peraltro, può essere dichiarato solo entro l'anno successivo allo scioglimento del rapporto sociale o alla perdita della responsabilità illimitata, se sono state osservate le forme di pubblicità previste dalla legge per rendere note ai terzi tali circostanze (art. 147 l. fall.).

Il fallimento presuppone lo **stato di insolvenza** (art. 5 l. fall.), ovvero l'incapacità di far regolarmente fronte all'adempimento delle proprie obbligazioni. L'insolvenza non va confusa con l'inadempimento. Certo, l'imprenditore che è in crisi può essere inadempiente verso i creditori. Ma l'inadempimento può verificarsi anche in un'impresa sana per tante ragioni: per esempio, un imprenditore non paga un certo debito perché è momentaneamente a corto di liquidità, o perché non è soddisfatto della controprestazione, e così via.

L'insolvenza è invece la situazione in cui l'imprenditore *non è in grado* di far fronte ai suoi debiti per uno stato di (irreversibile) difficoltà finanziaria. Non è necessario che le passività dell'impresa superino le attività: può anche accadere che l'attivo superi il passivo, ma, essendo composto da beni non facilmente liquidabili, costringa l'imprenditore che voglia far fronte alle sue difficoltà finanziarie a svendite più o meno rovinose.

La dichiarazione di fallimento

Il fallimento viene dichiarato dal Tribunale in seguito al ricorso di uno o più creditori, su richiesta dello stesso debitore (ipotesi piuttosto rara), su istanza del pubblico ministero.

Con la **sentenza dichiarativa del fallimento** – che è sottoposta ad una particolare forma di pubblicità (artt. 17 e 88 l. fall.) onde permetterne la conoscenza ai terzi interessati – il Tribunale nomina un **curatore fallimentare** (cui è demandata l'amministrazione del patrimonio del fallito), un **giudice delegato** (che vigila sull'attività del curatore e ha potere di

© Wolters Kluwer Italia

decisione in merito a determinate questioni) ed adotta altri provvedimenti necessari per lo svolgimento della procedura.

Gli effetti del fallimento

Gli effetti del fallimento sono gravi, in tutte le direzioni: per l'*imprenditore*, per i *creditori*, per i *terzi*.

Il fallito è *privato della disponibilità* dei suoi beni, la cui amministrazione è demandata al curatore fallimentare (c.d. **spossessamento**). Di conseguenza, se il fallito, dopo la dichiarazione di fallimento, compie atti giuridici (che non ha più potere di compiere), questi sono *inefficaci* rispetto ai creditori, benché validi ed efficaci tra le parti (art. 44 l. fall.). Si tratta di *un'inefficacia relativa* o *inopponibilità* dell'atto nei confronti del fallimento: per esempio, se il fallito aliena un suo bene, l'acquirente non può opporre il suo titolo di acquisto al fallimento, cosicché il bene alienato potrà essere sottoposto alla vendita forzata da parte degli organi del fallimento come se appartenesse ancora al patrimonio del fallito. Sono esclusi da questo regime i beni impignorabili, gli assegni alimentari, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività nei limiti di ciò che occorre al mantenimento suo e della sua famiglia, né ai frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, né ai beni costituiti in fondo patrimoniale e ai frutti di essi (art. 46 l. fall.).

Gli effetti del fallimento

Il fallimento ha anche conseguenze di *carattere personale*. Il fallito è tenuto a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio. Inoltre, deve consegnare al curatore la corrispondenza, inclusa quella elettronica, riguardante i rapporti compresi nel fallimento. La riforma del 2006 ha invece abrogato l'art. 50 l. fall. che prevedeva l'iscrizione del nome del fallito nel registro dei falliti. Sono venute di conseguenza a cadere quelle misure a carattere sanzionatorio che erano legate al fallimento e che si traducevano in *incapacità giuridiche speciali* in materia elettorale e civile.

Infine, il fallimento può avere **conseguenze penali** per l'imprenditore che abbia compiuto atti con l'intenzione di danneggiare i propri creditori, o gravemente imprudenti, che abbiano dato origine o aggravato il dissesto della sua impresa (artt. 216 e ss. l. fall.): è il caso della **bancarotta fraudolenta**.

Il procedimento

Dal giorno della sentenza dichiarativa del fallimento i singoli creditori non possono avviare né proseguire azioni esecutive: si apre così il **concorso** dei creditori i quali possono venire soddisfatti solo all'interno della procedura fallimentare (art. 51 l. fall.).

Il curatore procede all'**inventario** ed inizia a formare lo **stato passivo**, compilando un *elenco dei creditori* e dei *diritti di prelazione*.

© Wolters Kluwer Italia

stato lucido, occorre dimostrare che è stato gravemente pregiudicato dall'atto: se io, ubriaco, rilascio una procura per vendere la casa dove abito a un buon prezzo, la procura è valida;

Il *secondo comma* dell'articolo prevede, per i *contratti*, il requisito della *malafede dell'altro contraente*, che può risultare dallo stesso *pregiudizio*, o dalla *qualità del contratto*, o *altrimenti*.

Il primo comma dell'art. 428 si riferisce dunque a tutti gli *atti* patrimoniali tra vivi *esclusi* i contratti, la cui annullabilità è regolata invece dal secondo comma dell'articolo. Quindi, per l'annullamento del **contratto** concluso da un incapace di fatto non è necessario un pregiudizio, ma solo lo stato di *incapacità* e la *malafede* della controparte, che ne approfitta. La malafede poi può più facilmente essere provata là dove il contratto sia anche gravemente pregiudizievole per l'incapace; ma potrebbe risultare anche da diverse circostanze.

Differenze tra i due casi di incapacità

Dovrebbe essere chiara, a questo punto, la differenza di trattamento tra l'**incapacità legale** e l'**incapacità naturale**.

Una *prima differenza* è data dal *pregiudizio*, che è richiesto (per gli atti non contrattuali) *solo* per il caso di incapacità naturale; il minore, l'interdetto, l'inabilitato, il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno ricevono quindi una protezione incondizionata, e fondata solo sulla loro qualità di persone che non sono idonee a esercitare l'autonomia negoziale.

Una *seconda differenza* è data – per quanto riguarda i contratti – dal *requisito di malafede*, ancora una volta richiesto *solo* per il caso di incapacità naturale. Il significato della norma è facile da capire: la persona che, in *buona fede* – cioè *ignorando senza sua colpa* la condizione dell'altra parte: b.f. soggettiva – conclude il contratto con l'incapace, è protetta perché legittimamente ritiene attendibile la dichiarazione che riceve dall'altra parte, e quindi confida nella validità del contratto; si tutela, dunque, il suo *affidamento*.

La tutela è rafforzata dalla regola secondo cui *la buona fede si presume*, e quindi dev'essere l'altro contraente a provare che la controparte era a *conoscenza* del suo stato di incapacità.

Nel caso di incapacità legale, una protezione della buona fede della controparte non ha fondamento, perché lo stato di incapacità è facilmente conoscibile, visto che sia l'età, sia i provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e di nomina dell'amministratore di sostegno e la loro revoca, risultano dall'atto di nascita (per l'età, basterà il documento di identità). L'ignoranza perciò, se esiste, è sempre ritenuta colpevole, cioè dovuta a negligenza, e non costituisce «buona fede».

© Wolters Kluwer Italia

si spiega allora anche la regola, già ricordata, dell'art. 1426. Se un contraente, con *raggiri* (non solo dicendo che è maggiorenne) si fa credere maggiore di età, il contratto non è annullabile: ragionevole protezione per l'altra parte, anche perché il minore dimostra così di essere furbo abbastanza da poter contrarre. I raggiri usati dal minore

Queste prime osservazioni mostrano che le regole relative ai casi di annullabilità sono spiegabili in base a una *logica di equilibrio nella protezione delle due parti del contratto*: quella che fa valere il vizio, e la controparte. Conclusione

Ne riceviamo conferma dall'esame dei vizi del consenso: errore, violenza, dolo.

5. I vizi del consenso

Il caso

Tizio, che intende investire un certo capitale in opere d'arte, si rivolge a un mercante che gli propone l'acquisto di un quadro di De Chirico per un prezzo eccezionalmente basso, adducendo l'urgente necessità di denaro dell'attuale proprietario. Tizio conclude l'affare, e solo dopo qualche tempo fa esaminare il quadro da un esperto. Il perito comunica a Tizio che il quadro è senz'altro **falso**, ma che l'autore è un artista, famoso contraffattore di opere di grandi pittori: queste imitazioni sono tanto pregiate da avere di per sé un valore non inferiore alla somma pagata da Tizio per il quadro. Tizio ha perciò concluso un discreto affare, anche se inutile rispetto al suo scopo di investire capitali in una collezione d'opere di grandi autori. Così stando le cose, può Tizio impugnare il contratto? (art. **1429, n. 2**, 1439, comma 2°, c.c.).

L'espressione «vizi del consenso», che compare nel titolo della sezione, è in qualche modo spiegata nell'art. 1427: il consenso è stato «*dato per errore*», «*estorto con violenza*» o «*carpito con dolo*». C'è stato dunque un *consenso*, ma *frutto di un processo viziato*: la parte si trova legata a un contratto al quale *non* avrebbe consentito se non si fosse verificato un suo **errore**, o l'altrui **violenza**, o il **dolo** della controparte.

L'errore

L'**errore** non è definito dal codice; viene inteso di solito secondo il significato comune, cioè come «*falsa rappresentazione della realtà*». Per essere più precisi, è bene osservare anzitutto che il codice considera due diversi tipi di errore.

Errore-vizio o errore-motivo

L'art. 1427, parlando di consenso «dato per errore», fa pensare al caso in cui una persona viene *indotta* a contrarre (si decide insomma) a causa di

© Wolters Kluwer Italia

addirittura di dichiarazioni scritte. Ma attenzione: il *risultato* dell'interpretazione può essere quello di *estendere* il significato delle espressioni usate, facendo emergere un *significato implicito* (vedi il criterio dell'art. 1365, che in caso di *esempi* usati dalle parti per spiegare un fatto, estende «secondo ragione» il fatto stesso ai casi non espressi).

Alcuni criteri poi, si prestano anche all'interpretazione di manifestazioni *tacite* di volontà, cioè a comportamenti che di per sé non sono diretti a manifestare consenso: così, lo stesso art. 1362, comma 2°, dà rilievo al *comportamento* complessivo delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto (dunque, anche al comportamento di *esecuzione* del contratto). La *buona fede*, evidentemente, è ancora la regola con cui si può attribuire significato alla *condotta* che manifesta un consenso tacito.

Risultato dell'interpretazione

Risultato finale dell'applicazione di tutti i criteri interpretativi, è la determinazione del significato delle manifestazioni di volontà delle parti, che costituisce il contenuto dell'accordo.

È possibile che, compiuta l'interpretazione, si debba constatare che le due manifestazioni non convergono in un accordo: i loro significati restano divergenti, il consenso non si è formato. Da questo punto di vista, l'interpretazione *può precedere* l'accertamento della conclusione del contratto, anzi talvolta ne è lo strumento.

Quando invece i significati convergono, l'accordo si è formato con quel contenuto che corrisponde alla c.d. «comune intenzione» delle parti: cioè al significato complessivo che si deve attribuire, secondo i criteri esposti, alle manifestazioni scambiate tra le parti.

«Comune intenzione» e errore

Può essere tuttavia, che uno dei contraenti abbia inteso il contratto in modo diverso. In tal caso, quel contraente si trova nella posizione di chi ha sbagliato; ha usato segni che tradivano la sua (interna) intenzione, o ha attribuito alle parole usate dall'altra parte un significato erroneo: sono ipotesi di errore, che vizia la manifestazione o la stessa formazione della volontà.

Esiste un rimedio contro questo tipo di errori: si tratta dell'impugnazione del contratto che si può esperire, ovviamente, quando sussistono i requisiti stabiliti dalla legge (essenzialità e riconoscibilità dell'errore). Ma il contratto è tuttavia concluso, e la parte che ha sbagliato non può pretendere che il significato dell'accordo sia quello che corrisponde alla sua (interna) intenzione; il significato risulta dai criteri degli artt. 1362 ss., e vincola, fino all'eventuale annullamento del contratto, anche la parte che lo abbia male interpretato: a conferma della necessità di non fraintendere

© Wolters Kluwer Italia

l'art. 1362, quando assegna all'interpretazione lo scopo di ricercare la «comune intenzione» delle parti.

Atti diversi dal contratto

Atti diversi dal contratto

L'interpretazione degli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale è soggetta, in base all'art. 1324, alle regole che valgono per i contratti, *in quanto compatibili*.

Interpretazione dell'atto unilaterale

Nell'atto unilaterale, non c'è scambio di dichiarazioni di volontà né pluralità di parti. Ma ciò non significa che l'autore dell'atto possa pretendere una interpretazione delle parole o dei segni usati, tale da giustificare il suo arbitrio personale nell'uso delle espressioni o di altri segni.

Quando l'atto unilaterale ha un *destinatario* determinato, e controinteressato (come una dichiarazione di recesso, una intimazione a pagare, una rinuncia, una remissione di debito, ecc.), si applica evidentemente tutto quanto detto a proposito del contratto.

Ma nell'ambito patrimoniale, l'atto unilaterale è sempre destinato a incidere sugli interessi di altri soggetti, i quali vanno tutelati quando, facendo affidamento su quanto è dichiarato, regolano la loro condotta in conformità a ciò che la dichiarazione unilaterale significa secondo buona fede.

Il principio dell'art. 1366 vale, perciò, in tutto l'ambito cui si riferisce l'art. 1324. Il discorso si estende anche qui alle manifestazioni tacite di volontà: per esempio, se io affido a un mio commesso la «cassa» non posso, secondo buona fede, pretendere che la mia condotta non abbia significato: *è* procura tacita, e chi paga al cassiere, o ne ottiene uno sconto, può far valere un legittimo affidamento sul significato della mia condotta.

L'interpretazione del testamento

Il discorso dell'interpretazione cambia profondamente con riguardo **al testamento**. Qui non c'è una controparte, e non c'è nemmeno un controinteressato. Non solo, ma il testamento non è un atto con cui l'autore si inserisce nel traffico economico: è l'atto con cui dispone le sue «ultime volontà» circa la destinazione dei suoi beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Perciò, mentre negli atti tra vivi quel che conta è il significato che secondo buona fede si può attribuire a certe espressioni (sono «messaggi», si diceva, e vanno intesi dal punto di vista di un corretto e leale ricevente), nel testamento il lavoro di interpretazione deve soprattutto cercare di ricostruire il *significato che il testatore aveva dato* alle espressioni usate, anche se ciò richiede di discostarsi dal comune modo di intenderle.

Che questo sia il principio-guida risulta non solo dalla logica, ma dal codice il quale prevede che, quando il testatore *indica erroneamente* la persona del beneficiario, o la cosa che forma oggetto della disposizione, non si applichi – come accadrebbe in un atto tra vivi – la norma sull'errore (ostativo) che renderebbe la disposizione annullabile, quando *dal contesto* del testamento *o altrimenti* risulti in modo non equivoco a chi o a che cosa il testatore *voleva* riferirsi.

Atti familiari

Nell'ambito degli **atti di diritto familiare**, la solennità della forma è tale che rende vincolata, in gran parte, la stessa scelta delle espressioni.

Nessun problema interpretativo può nascere nel *matrimonio* (diverso è il discorso riguardo alle convenzioni matrimoniali, che sono contratti, o riguardo ad accordi aggiunti al matrimonio, come p. es. l'*accordo simulatorio* previsto nell'art. 123 c.c.).

Nel *riconoscimento di figlio naturale* potrebbe esserci una non chiara espressione della dichiarazione di scienza relativa alla procreazione,

© Wolters Kluwer Italia

Ma anche i meccanismi tecnici, con cui il diritto risolve suoi tipici problemi, si costruiscono e si tramandano, con variazioni dovute al tempo e alle nuove esigenze, da l'invalidità degli atti giuridici, la prescrizione dei diritti, il possesso delle cose, la prescrizione, possesso sono tipiche *strutture* del diritto – come l'arco, la volta, il colonnato, la guglia, il capitello in architettura. C'è una somiglianza funzionale tra il Colosseo e lo Stadio Olimpico, anche se le tecniche sono lontane e se, per fortuna, non assistiamo più a lotte cruente fra gladiatori: in modo non troppo diverso, c'è una somiglianza funzionale tra la Proprietà in diritto romano e la Proprietà nel diritto attuale.

A queste strutture tipiche della vita organizzata ci riferiamo anche con il termine **«istituzioni»**: l'istituzione del matrimonio, l'istituzione della proprietà privata. Esse sono la base sostanziale dei più caratteristici e tradizionali istituti giuridici, che pure possono essere definiti come *strutture tipiche riconoscibili in un ordinamento giuridico*.

L'istituto giuridico è dunque la *risposta unitaria* che l'ordinamento dà a un problema di organizzazione della vita sociale. Ogni regola che abbia riguardo a quell'ordine di problemi deve essere dunque letta e interpretata – sia dal punto di vista del linguaggio, sia da quello della *ratio* – alla luce dei caratteri e delle finalità proprie all'intero istituto. In questo senso, l'istituto è in sé un piccolo «sistema» di norme, ed è il primo gradino per costruire in modo organico l'unità dell'ordinamento.

Esempio. Il problema di come dare una disciplina alla relazione tra un uomo e una donna che decidono di formare una famiglia, è risolto dal legislatore attraverso un complesso di regole, che obbediscono a una logica comune: è l'istituto del *matrimonio*. Quando poi il rapporto tra i coniugi si logora e si disgrega, nasce il problema se e come queste due persone si possano liberare dagli impegni assunti: il problema è risolto nel nostro ordinamento attraverso due «istituti», la *separazione personale* e il *divorzio*. Solo l'analisi dei fini propri all'istituto del matrimonio, e all'interno di questo all'istituto della separazione, potrà permettere una interpretazione adeguata della regola – dal significato letterale assai ampio – per cui la separazione può essere chiesta da uno dei coniugi, anche senza consenso dell'altro, per «intollerabilità» della convivenza.

Chi vive in ordinamenti non codificati, ha più chiaro il fatto che queste operazioni di sistemazione in istituti hanno origine nello stesso linguaggio dei giuristi, che si trasmette di generazione in generazione e che «forma» l'ossatura logica delle decisioni dei giudici. Da noi, questo aspetto viene coperto dall'esistenza dei codici, che sono già ben ordinati nel modo accennato.

La trama degli istituti giuridici ci appare perciò come un carattere oggettivo del nostro ordinamento: il sistema c'è già, e non è da noi costruito. La

© Wolters Kluwer Italia

a) è proprio l'interpretazione della legge che in molti casi «crea» un nuovo «istituto» con i materiali normativi esistenti (per esempio, il diritto alla tutela della vita privata è stato «costruito» utilizzando *come* regole dirette a un fine unitario di protezione dell'intimità disposizioni sparse con scopi più limitati);

b) la proliferazione legislativa, sempre più disordinata, riduce la coerenza oggettiva dell'ordinamento, e scarica sull'interprete il compito di mantenere una rete di istituti dotati di logica.

Come meglio diremo nei prossimi capitoli, il nostro ordinamento è tra quelli che hanno prodotto dei **codici**, cioè delle grandi raccolte di norme ordinate per materia. Anche i cinque codici italiani sono stati progettati e scritti con l'idea di predisporre un sistema organico della legislazione in campo civile, penale, del processo civile, del processo penale, della navigazione. Nei codici perciò troviamo:

a) un *linguaggio* omogeneo, che non è sempre perfettamente coerente, ma nel quale è probabile che termini eguali siano usati, in contesti simili, con eguale significato;

b) quella trama di *«istituti»*, già preparata ed evidente, di cui si è parlato, e di conseguenza un uso abbastanza coerente dei meccanismi tecnici;

c) un ampio disegno complessivo, che ci permette di riconoscere delle linee di tendenza che chiamiamo *principi generali*: la libertà dei beni, la libertà contrattuale, la libertà testamentaria, la libertà matrimoniale sono alcuni esempi.

I codici rimangono perciò, anche se sovrastati dalla grande massa di leggi particolari, uno scheletro solido attorno a cui si può mantenere una visione dell'ordinamento come «sistema».

La Costituzione italiana ha la caratteristica di non occuparsi solo dell'organizzazione dello Stato come apparato di organi. Sia nei «Principi fondamentali», sia nella Parte prima dedicata ai «Diritti e doveri dei cittadini», la Costituzione detta delle regole fondamentali non solo per la disciplina delle relazioni tra lo Stato e i cittadini, ma anche delle relazioni tra i cittadini: basti ricordare le regole dedicate alla famiglia (artt. 29 ss.) e quelle che riguardano il lavoro, la proprietà e l'iniziativa economica privata (artt. 35 ss.). Nella Parte seconda poi, dedicata all'Ordinamento della Repubblica, non compaiono solo norme di organizzazione, ma ancora principi fondamentali per la disciplina delle attività della Pubblica Amministrazione e dell'attività giurisdizionale (ordinamento giudiziario e processo).

a) che l'attività giuridica *oggetto del potere* è anche oggetto di un *dovere*: il titolare *può e deve*, al tempo stesso, compiere tutti gli atti opportuni per curare l'interesse a lui affidato;

b) che il potere stesso è *vincolato allo scopo*, cioè ogni atto diverso del potere che si discosti dallo scopo fissato dalla legge costituisce **abuso** (v. avanti, fine capitolo).

Autorità

Vi sono casi nei quali la funzione o l'ufficio attribuito ad un soggetto ha un contenuto tale che il rapporto con l'interessato perde quei caratteri di parità che sono propri di ogni rapporto di diritto privato, e assume invece i connotati della **autorità**.

Il caso più evidente è quello dei *genitori*: essi sono investiti, nei confronti dei figli minorenni, di un potere-dovere di cura della persona e degli interessi del minore (artt. 30 Cost. e 147 c.c.), che comprende in sé anche aspetti di *autorità*: il genitore può *assumere decisioni* nell'interesse dei propri figli e in certi limiti *disporre*, senza il loro consenso, dei loro interessi.

Questo aspetto era considerato in passato la cifra stessa della posizione giuridica di genitore e veniva qualificata nel suo insieme come «*potestà genitoriale*». Si vedrà oltre (capp. 6, 36) come questa concezione sia superata, al punto che lo stesso termine «potestà» è stato cancellato dal linguaggio legislativo e sostituito con «*responsabilità genitoriale*».

La posizione dei genitori è il modello su cui si costruisce anche l'autorità del *tutore*, sia nel caso di minori privi di genitori che possano esercitare la loro responsabilità, sia nel caso degli infermi di mente che siano stati interdetti e sottoposti a tutela (v. art. 357).

8. diritti assoluti e relativi

La categoria dei diritti soggettivi è varia – come abbiamo visto – perché gli *interessi* che il diritto protegge sono di varia natura; anche gli *strumenti* di protezione sono dunque diversi tra loro, in funzione del tipo di interesse che sono diretti a tutelare.

Ci sono però degli schemi-base, dei modelli fissi, che è bene saper distinguere.

Una prima, utile distinzione è quella tra **diritti assoluti** e **diritti relativi**.

I primi sono quelli che si possono *far valere verso chiunque* (come si diceva in latino, *erga omnes*, cioè verso tutti); diritti relativi invece sono quelli che si fanno valere solo *nei confronti di determinati soggetti*.

Nota importante. Non bisogna fraintendere le parole «assoluto» e «relativo». In quest'uso, i due aggettivi non indicano, come spesso avviene nel linguaggio di tutti i giorni, diritti che vanno «assolutamente» rispettati e altri che invece hanno minore forza.

Il diritto è *relativo* nel senso che il potere sussiste *in relazione a* un determinato o determinati soggetti passivi; è *assoluto* nel senso che gode di tutela verso la *generalità* dei consociati.

Abbiamo già visto, per esempio, che quando una cosa è in **proprietà** di una persona, tutti gli altri hanno il dovere di astenersi dall'utilizzare la cosa, e da turbare il libero uso e godimento del proprietario: il quale può pretendere da chiunque il rispetto di questo dovere. Proprietà e diritti reali limitati

In questo senso, si considerano «assoluti», sul modello della proprietà, anche gli altri diritti che attribuiscono al titolare facoltà e poteri di vario contenuto, aventi ad immediato oggetto una cosa: è la categoria dei **diritti «reali»**, che comprende, oltre alla proprietà, i diritti sulle cose altrui, come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le servitù ecc. (c.d. **diritti reali limitati**).

I diritti della persona

Diritti assoluti sono, poi, quei diritti che proteggono la **persona**, come il diritto alla vita, all'integrità fisica (art. 5 c.c.), al nome (artt. 6-9 c.c.) all'immagine (art. 10 c.c.) alla vita privata, e in genere tutti i diritti della *personalità* (salvo quanto si dirà più avanti).

Anche qui è facile comprendere che, proprio per la natura degli interessi protetti, il diritto si faccia valere nei confronti di tutti i consociati.

Il credito

In altri casi invece, il diritto soggettivo è lo strumento per proteggere un interesse la cui soddisfazione può essere assicurata solo attraverso il *comportamento* di una determinata persona, o di determinate persone: il diritto consiste allora, fondamentalmente, in una *pretesa* verso l'obbligato, e solo verso di lui può essere fatto valere.

Questo schema si realizza anzitutto nei **diritti di credito**, il cui aspetto essenziale si può vedere nella *pretesa a una «prestazione»* che si possa valutare dal punto di vista economico: come il diritto al pagamento di un debito in denaro, o il diritto all'esecuzione di un'attività, ecc.

Diritti personali relativi

Ma anche *diritti non patrimoniali* hanno questa struttura: così, per esempio, il diritto di ciascun coniuge alla collaborazione dell'altro (art. 143).

Quanto ai *diritti della personalità*, essi assumono un *contenuto specifico*, come diritti *relativi*, quando si fanno valere *all'interno di un rapporto* tra particolari soggetti: come, ad esempio, *tra* marito e moglie, *tra* genitori e figli, tra datore di lavoro e lavoratore.

© Wolters Kluwer Italia